

Sentencia T-1330/05

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD- Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar tratamientos o medicamentos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD-Prohibición de suministrar con recursos del sistema general de salud un procedimiento quirúrgico excluido del POS y que tiene un carácter experimental

A diferencia de las restantes prestaciones excluidas del POS cuando se trata de procedimientos, actividades, intervenciones o medicamentos de carácter experimental existe una expresa prohibición de su suministro con dineros provenientes del sistema general de salud, por lo tanto no podrían ser costeados por las entidades promotoras de salud ni por el Fondo de Seguridad y Garantía del Sistema General de Salud -FOSYGA-, ni en general por ninguno de los distintos planes que conforman el sistema. Tal prohibición resulta a juicio de esta Sala a priori razonable, entre otras razones debido “a las restricciones propias de un Estado que como el colombiano, carece de los recursos indispensables para suministrar este servicio con cubrimiento y con condiciones plenas, pues el déficit fiscal y presupuestario por el que atraviesa hace que los recursos destinados a la salud sean insuficientes”, tal como ha reconocido la jurisprudencia constitucional en diversas oportunidades. Entonces, dado que los recursos del sistema general de salud son escasos es razonable que se destinen a sufragar prestaciones que constituyan alternativas terapéuticas aceptadas por la comunidad científica y que se excluyan todas aquellas que tengan un carácter experimental.

PROCEDIMIENTOS MEDICOS EXPERIMENTALES-Alcance PROCEDIMIENTOS MEDICOS EXPERIMENTALES-Casos excepcionales en que se pueden autorizar/PROCEDIMIENTOS MEDICOS EXPERIMENTALES-Ponderación por el juez de tutela de los supuestos fácticos y jurídicos en cada caso concreto.

En determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto

vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando este en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia.

DERECHO A LA SALUD-No se autorizó el trasplante de mucosa a la médula espinal por las características de la lesión

Referencia: expediente T-1200212

Acción de tutela instaurada por Edwards Roberto Leguizamón Ruiz contra SANITAS EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá, D. C. quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005).

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Sesenta (60) Civil Municipal el 27 de junio de 2005 y el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, el 3 de agosto del mismo año, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Edwards Roberto Leguizamón Ruiz contra SANITAS EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Sexto Civil del Circuito, el día nueve (9) de septiembre de 2005, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

El señor Edwards Roberto Leguizamón Ruiz interpuso, por medio de apoderado, acción de tutela contra SANITAS EPS por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la

vida, a la integridad física, a la dignidad humana y a la salud. Fundamenta la acción impetrada en los siguientes:

1. Hechos

1.1. El día treinta y uno (31) de abril del año 2002 el accionante sufrió un accidente de tránsito, a resultas del cual padece discapacidad total por traumatismo en la médula espinal cervical.

1.2. El Sr. Leguizamón Ruiz se encuentra afiliado a la EPS SANITAS en calidad de cotizante dependiente.

1.3. El veintisiete (27) de mayo del año en curso el Neurocirujano Dr. Enrique Osorio Fonseca certificó que el Sr. Edwards Roberto Leguizamón Ruiz cumple con los “requisitos y criterios de inclusión para trasplante de mucosa oftálmica a la médula espinal”. Dicho procedimiento no se encuentra incluido en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud.

1.4. Para aspirar a la anterior intervención el paciente debe cancelar la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000), y el Sr. Leguizamón afirma que carece de tal suma de dinero.

2. Solicitud de tutela.

El peticionario solicita se ordené a SANITAS E. P. S. costear el procedimiento de trasplante de mucosa oftálmica a la médula espinal.

3. Pruebas relevantes que obran el expediente.

1-. Copia del examen de electro miografía y potenciales evocados practicado al Sr. Edgar Roberto Leguizamón Ruiz.

2-. Copia del examen clínico practicado al Sr, Leguizamón Ruiz en la Clínica Marly con fecha veintiocho (28) de abril de 2005.

3-. Copia de la historia clínica del Sr. Leguizamón Ruiz.

4-. Copia de la certificación espedida por el Dr. Enrique Osorio Fonseca.

4. Intervención de los demandados.

La E. P. S. demandada respondió la acción impetrada en su contra y admitió que el peticionario se encontraba afiliado a SANITAS en calidad de cotizante dependiente y que al fecha de veintidós (22) de junio de 2005 contaba con 213 semanas de antigüedad en el Sistema general de seguridad social en salud.

Sostiene que el procedimiento quirúrgico denominado trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal, no se encuentra incluido en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, por lo tanto, en virtud de lo prescrito en el artículo 29 del Decreto 806 de 1998 es al peticionario a quien corresponde costear la intervención reclamada, pues se trata de un servicio adicional a los incluidos en el POS.

Argumenta también que las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a prestar sus servicios dentro del esquema señalado por la ley y por las normas reglamentarias, y que son tales disposiciones las que excluyen ciertas prestaciones en aras de preservar el equilibrio económico del sistema y de las empresas prestadoras, por lo tanto los procedimientos excluidos deben ser asumidos por los usuarios o por el Estado colombiano. Por tal razón pide que en caso de ser condenada, se le permita repetir contra el FOSYGA el valor pagado por el trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal, o que se vincule a la entidad estatal al proceso para que ésta asuma directamente los gastos que demanda la operación solicitada por el Sr. Leguizamón Ruiz.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión.

El Juzgado Sesenta Civil Municipal de Bogotá concede el amparo impetrado al estimar que la E.P.S. SANIITAS está obligada a costear el tratamiento prescrito pues dicho procedimiento era necesario para garantizar el derecho a la vida, a la integridad personal y a la igualdad del demandante. Así mismo, ordenó se le siguieran suministrando al demandante los medicamentos y exámenes ordenados por los médicos tratantes. Finalmente señaló que la entidad demandada podía repetir contra el FOSYGA lo pagado en cumplimiento del fallo de tutela.

La anterior decisión fue apelada de manera oportuna por la E.P.S. SANITAS, con el principal argumento que el tratamiento solicitado por el demandante y ordenado en el fallo de tutela tiene un carácter experimental y su financiación con recursos del Sistema General de Salud está expresamente prohibido por el artículo 10 del Decreto 806 de 1998.

El fallo de primera instancia fue confirmado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá. A juicio del a quem el hecho que el tratamiento solicitado esté excluido del POS no exonera a la entidad demandada de suministrarlo, en aquellos casos en que el derecho a la vida o a la salud del paciente estuviera bajo amenaza o vulneración, como sucede con el Sr. Leguizamón Ruiz.

6. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

Para mejor proveer en el asunto de la referencia, el Magistrado Sustanciador ofició por medio de la Secretaría General de esta Corporación al Dr. Enrique Osorio Fonseca, a la EPS SANITAS, a la Asociación Colombiana de Neurocirugía, a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, al Instituto de Genética de la Universidad nacional y a la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, para que allegaran documentos y rindieran conceptos sobre el procedimiento quirúrgico denominado trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal. En virtud de los requerimientos formulados fueron allegados las siguientes pruebas:

* Escrito presentado por el Dr. Enrique Osorio Fonseca sobre las actividades adelantadas por el Grupo de Investigación de la Clínica Reina Sofía dentro del Proyecto de Investigación Experimental Multicéntrico Internacional y sobre los procedimientos y exámenes practicados al peticionario.

* Concepto rendido por el Dr. Remberto Burgos De la Espriella, presidente de la Asociación Colombiana de Neurocirugía.

* Concepto rendido por el Dr. Víctor Hugo bastos Pardo, Coordinador de la Unidad de Neurocirugía de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional.

* Artículo publicado en el Journal of Neurosurgery Spine No. 3 de 2005.

* Revista Actualización en Neurocirugía, de la Academia Colombiana de Neurocirugía, Volumen 2, Número 2 de febrero de 2005.

* Concepto rendido por la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

7. Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la sala de selección Número Diez dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso objeto de estudio.

El actor alega que sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad personal y a la vida digna están siendo vulnerados por la EPS SANITAS debido a la negativa de la entidad demandada de costear el tratamiento denominado trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal, sostiene que carece de los recursos necesarios para sufragarlo debido a su alto costo, pues cuesta cuarenta millones de pesos (\$40.000.000). La entidad demandada afirma que el procedimiento requerido está excluido del POS y que por tal razón no le corresponde suministrarlo, pues sus deberes prestacionales se reducen a las actividades, intervenciones y procedimientos señalados en las normas legales y reglamentarias. Afirma también que la intervención quirúrgica solicitada es un tratamiento de carácter experimental, cuya cobertura con recursos del Sistema General de Salud está expresamente prohibida por el artículo 10 del Decreto 806 de 1998.

Los jueces de instancia concedieron el amparo solicitado, bajo el argumento que se trataba de un procedimiento necesario para garantizar el derecho a la salud en conexidad con la vida del peticionario, y en virtud de los precedentes sentados por la jurisprudencia constitucional,

en estos casos se deben inaplicar las normas reglamentarias que regulan la materia y conceder el amparo solicitado. No obstante, omiten pronunciarse sobre el carácter experimental del procedimiento solicitado.

Varios asuntos deben ser abordados, entonces, en la presente decisión., En primer lugar se hará un recuento de los requisitos sustanciales y procedimentales que deben reunirse para otorgar, por la vía del amparo constitucional, prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud. En segundo lugar ha de tratarse la cuestión de los procedimientos experimentales y su pago con recursos provenientes del Sistema General de Salud. Finalmente se estudiará el caso concreto.

3. Criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido considerado como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

Dado que en esta oportunidad, el problema jurídico guarda relación con la protección del derecho a la salud, esta Sala considera necesario verificar los distintos criterios señalados por la jurisprudencia constitucional para que el derecho a la salud adquiera el rango iusfundamental y, como tal, sea susceptible de protección por medio de la acción de tutela. En dicho sentido, sea lo primero indicar que la acción de tutela es un mecanismo constitucional subsidiario que procede ante la inexistencia o ineficacia¹ de otros mecanismos judiciales ordinarios que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En relación con el derecho a la salud, la Corte ha señalado que éste derecho prima facie, no es un derecho fundamental habida consideración del carácter asistencial o prestacional del mismo y en consecuencia no es objeto protegido del amparo constitucional. Sin embargo, esta Corporación ha contemplado diversos escenarios donde bien sea por conexidad, bien sea autónomamente este derecho adquiere el rango de derecho fundamental y por lo tanto es factible su protección a través del ejercicio de la acción de tutela, de las cuales se hará un breve recuento a continuación.

En este orden de ideas, debe señalarse que en un primer plano el derecho a la salud ha sido considerado un derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales. La doctrina constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en la Constitución Política, les es

comunicada esta calificación en virtud de la íntima relación con otros derechos fundamentales, de manera que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso del derecho a la salud, que no siendo derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida².

Así mismo, el derecho a la salud ha sido catalogado como derecho fundamental autónomo frente a sujetos de especial protección. La Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad e indefensión que, en ocasiones, deben afrontar. Así por ejemplo, en el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo³.

Finalmente, la Corte ha considerado el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial, una vez éste haya sido definido por las normas legales y reglamentarias que determinan su contenido prestacional. Al respecto, esta Corporación en sentencia T-859 de 2003, señaló:

La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que: (i) funcionalmente está dirigido a conseguir la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En efecto, la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo. Sin embargo, al adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.

Por consiguiente, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental de manera autónoma, el derecho a recibir atención en salud, definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan de Salud Subsidiado, con respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General 14 de la Naciones

Unidas. De conformidad con el cual el derecho a la salud se estima fundamental, comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos.

De lo anterior, esto es, de lo expuesto por la Corte con relación a los parámetros bajo los cuales el derecho a la salud puede ser considerado un derecho fundamental, se deduce que en tales eventos el mencionado derecho puede ser protegido a través del mecanismo de la acción de tutela.

4. Obligación de las E.P.S. de suministrar a sus afiliados actividades, intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, principio consagrado en el artículo 4 de la Carta Política, el cual pone de presente la imperiosidad de respetar las normas constitucionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales, ha inaplicado en ciertos casos la reglamentación que excluye procedimientos, intervenciones, actividades o medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, para ordenar que sean suministrados y evitar, de este modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales⁴...”. Con ello, ha sostenido la jurisprudencia constitucional “... no se persigue cosa distinta que la garantía efectiva de los derechos, ya que éstos deben ser protegidos de manera real y cierta, aún en contra de aquellas reglamentaciones que obstaculicen su eficacia, las cuales deben ceder ante los mismos, puesto que la vigencia y cumplimiento de estos últimos, fue consagrada expresamente por el Texto Fundamental y su garantía se convierte en uno de los elementos integrantes del Estado social de derecho”⁵.

En dicho sentido, las entidades promotoras de salud están en la obligación de suministrar a sus afiliados prestaciones excluidas del Manual de Medicamentos o del Manual de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos del Plan Obligatorio de Salud siempre y cuando la provisión de los mismos se torne indispensable para garantizar a quien los solicita el cumplimiento de las exigencias mínimas de la dignidad humana en un momento dado. Sin embargo, antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, a saber:

* Que la falta del medicamento, procedimiento, actividad, intervención o elemento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal del interesado o a la vida digna, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de las prestaciones excluidas, cuando la negativa de suministrarlos no ponga en riesgo derechos fundamentales.

* Que se trate de un medicamento, tratamiento, procedimiento, intervención, elemento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

* Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo de la prestación requerida, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.)

* Que el medicamento, tratamiento, procedimiento, intervención, actividad, elemento o prueba clínica, haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

* Cumplidas estas condiciones, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA6.

Adicionalmente a los anteriores requisitos que se podrían denominar de carácter sustancial,

las normas reglamentarias al regular la materia han definido otros de carácter meramente procedimental cuando se trata de medicamentos excluidos del POS7, pero que a juicio de esta Sala no implican una carga excesiva a los usuarios del sistema general de salud, a la vez que persiguen fines y propósitos constitucionalmente legítimos, razón por la cual deben agotarse antes de acudir a la acción de tutela. Tales requisitos son en primer lugar que el usuario solicite inicialmente a la entidad promotora el suministro de la prestación excluida, y que el Comité Técnico Científico de la EPS someta dicha solicitud a estudio y se pronuncie al respecto, no obstante, el cumplimiento de tales requisitos depende de las circunstancias fácticas del caso concreto pues en determinadas circunstancias -por ejemplo en casos de urgencia- no es preciso agotarlos. Ahora bien, tales regulaciones están específicamente previstas para el suministro de medicamentos excluidos del Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, y en principio no están previstas cuando se trata de actividades, intervenciones, procedimientos o elementos excluidos, por lo tanto en principio no encuentra esta Sala que puedan aplicarse de manera analógica.

5. El derecho a la salud y los procedimientos quirúrgicos experimentales.

En el caso concreto el peticionario solicita que la entidad demandada costee un procedimiento quirúrgico que no solamente está excluido del POS sino que adicionalmente tiene un carácter experimental⁸.

Ahora bien, al respecto cabe señalar que por una disposición expresa está excluida la financiación de actividades, tratamientos, procedimientos e intervenciones con recursos del sistema general de salud. En efecto el artículo 10 del Decreto reglamentario 806 de 1998 consigna:

En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, organización mundial de la salud y la organización panamericana de la salud.” (resaltado fuera de texto)

Por lo tanto, a diferencia de las restantes prestaciones excluidas del POS cuando se trata de procedimientos, actividades, intervenciones o medicamentos de carácter experimental existe una expresa prohibición de su suministro con dineros provenientes del sistema general de

salud, por lo tanto no podrían ser costeados por las entidades promotoras de salud ni por el Fondo de Seguridad y Garantía del Sistema General de Salud -FOSYGA-, ni en general por ninguno de los distintos planes que conforman el sistema.

Tal prohibición resulta a juicio de esta Sala a priori razonable, entre otras razones debido “a las restricciones propias de un Estado que como el colombiano, carece de los recursos indispensables para suministrar este servicio con cubrimiento y con condiciones plenas, pues el déficit fiscal y presupuestario por el que atraviesa hace que los recursos destinados a la salud sean insuficientes”⁹, tal como ha reconocido la jurisprudencia constitucional en diversas oportunidades. Entonces, dado que los recursos del sistema general de salud son escasos es razonable que se destinen a sufragar prestaciones que constituyan alternativas terapéuticas aceptadas por la comunidad científica y que se excluyan todas aquellas que tengan un carácter experimental.

Por otra parte, como quedó consignado en un acápite anterior de esta decisión el derecho a la salud tiene un carácter prestacional, y por lo tanto son las autoridades con potestad de diseñar políticas públicas en la materia las encargadas de establecer el régimen general de prestaciones incluidas en los distintos planes que conforma el sistema general de salud, y sólo excepcionalmente el juez de tutela podría determinar cuando las exclusiones establecidas legal o reglamentariamente son violatorias de derechos fundamentales.

Incluso desde la misma perspectiva del derecho a la salud podría considerarse razonable la anterior prohibición, pues someter a los pacientes a procedimientos terapéuticos no avalados por la comunidad médica o institucionalmente podría representar riesgos en su salud.

No obstante, en determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando este en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el

principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia¹⁰.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de referirse a los procedimientos experimentales, así en la sentencia T-597 de 2001 sostuvo:

9. Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.

10. El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema. Así lo establece el inciso 2º del artículo 10 del Decreto Reglamentario 806 de 1998 (...)

Si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta

limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, un correcto entendimiento del derecho de acceso a los servicios de recuperación de la salud implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro acreditado como alternativa terapéutica válida.

Ahora bien, en los distintos casos en que esta Corporación se ha ocupado de procedimientos experimentales se ha tratado de circunstancias fácticas complejas en los cuales además del procedimiento experimental existía una alternativa terapéutica aprobada por la comunidad científica e incluida en el Plan Obligatorio de Salud¹¹. Sin embargo, a pesar de la prohibición establecida en la norma reglamentaria a la que se ha hecho referencia no se excluyó la posibilidad de financiar tratamientos experimentales con recursos del sistema sino que se adoptó la decisión de ordenar la convocatoria de un comité técnico científico por parte de la entidad promotora de salud, para que éste adoptara una decisión definitiva sobre el procedimiento a seguir, y dentro de las posibilidades de elección se incluía expresamente la terapia experimental¹².

6. Análisis del caso concreto.

Ahora bien, como antes se dijo en principio la prohibición establecida por las normas reglamentarias en cuanto a la financiación de procedimientos experimentales con recursos provenientes del sistema es razonable, sin embargo, habría que entrar a estudiar si a la luz de las circunstancias específicas es también proporcionada, para lo cual habría que examinar los diversos supuestos fácticos y jurídicos del caso concreto con el objeto de realizar una ponderación de los distintos derechos y bienes constitucionalmente protegidos en juego.

No obstante, del análisis de las pruebas allegadas al expediente se desprende que no es preciso abordar el examen de proporcionalidad de la medida reglamentaria, pues el médico tratante presentó un informe a esta Sala en el cual consignaba que el Sr. Leguizamón no puede ser incluido definitivamente dentro de los pacientes para trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal, debido a las características de su lesión. En efecto en el escrito recibido por esta Corporación el dieciocho (18) de noviembre se consigna:

El día 5 de julio de 2005 en la ciudad de Bogotá, se revisó el caso del Sr. Leguizamón (Historia clínica y exámenes paraclínicos), con los Drs. Carlos Lima, José Pratas Vital y Pedro Escada del Hospital Egaz Monis de Lisboa y se consideró necesario practicar una RNM de toda la columna toracolumbar.

Los hallazgos de este examen mostraron una lesión completa de la médula espinal de 4.7 cm. y mielomacia de 5 cm. adicionales, hecho que se traduce en una lesión muy amplia que excede los parámetros establecidos en el protocolo de investigación.

Por tal razón el Sr. Leguizamón no puede ser incluido definitivamente dentro de los pacientes para trasplantes de mucosa olfatoria a la médula espinal, lo cual se informó ampliamente a él y a su familia.

Por tal razón se procederá a revocar los fallos de instancia y a negar el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Sesenta (60) Civil Municipal el 27 de junio de 2005 y el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, el 3 de agosto del mismo año, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Edwards Roberto Leguizamón Ruiz contra SANITAS EPS. Y en su lugar NEGAR el amparo solicitado.

Segundo: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencia T-859 de 2003.

2 Sentencia T-491 de 1992.

3 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

4 Sentencia T-119 de 2000 y T-036 de 2004.

5 Sentencia T-722 de 2005.

6 Ver sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, entre otras

7 Las disposiciones reglamentarias son la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, el Acuerdo 228 de 2002 del Consejo nacional de Seguridad Social en Salud y la Resolución 3797 de 2004 del Ministerio de la Protección Social.

8 Sobre el carácter experimental del trasplante de mucosa olfatoria a la médula espinal coinciden no solo la entidad demandada, son también el médico tratante, y los distintos conceptos rendidos a esta Corporación.

9 Sentencia SU-819 de 1999, ver también la sentencia SU-480 de 1997.

10 Sentencia T-597 de 2001.

11 Así por ejemplo en la sentencia T-974 de 2004 existían diversidad de diagnósticos y tratamientos sugeridos por médicos de distintas entidades promotoras, algo similar ocurría

en la sentencia T-597 de 2001.

12 Es especialmente reveladora en este sentido la sentencia T-597 de 2001 cuya parte resolutive ordena en el numeral tercero:

Ordenar a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud E. P. S. que dentro de los cinco días corrientes siguientes a la notificación de la presente providencia deberá conformar u comité técnico científico con participación del médico tratante del menor (...) el especialista en trasplantes (...) y un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria, quien, previo conocimiento de la historia clínica del menor deberá presentar un informe acerca de todos los procedimientos presentados a los padres del menor para la curación de la leucemia linfoblástica aguda. Dicho comité deberá presentar con claridad a los padres del menor las diversas alternativas, indicando su validez, su eficacia y las posibles implicaciones que tiene cada una (negrillas fuera del texto).

13 Esta Sala pidió al a facultad de de Medicina de la Universidad Nacional, al Instituto de Genética de la Universidad Nacional, a la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia y a la Asociación Colombiana de Neurocirugía rindieran concepto acerca del procedimiento quirúrgico solicitado y todos coincidieron en señalar que se trataba de un procedimiento quirúrgico experimental cuyos resultados no era posible evaluar a la luz de la ciencia médica.

14 La Asociación Colombiana de neurocirugía apporto el artículo escrito por Jorge E. Collazos Castro, Vilma C. Muñetón-Gómez y Manuel Nieto Sampedro, "Olfactory glia trasplantation into cervical spinal cord contusion injures", en el Journal Neurosurg Spine 3, 2005, en el cual se concluye en el mismo sentido.

15 En el escrito enviado a esta Corporación el Dr. Enrique Osorio Fonseca afirma que se trata de un procedimiento quirúrgico experimental.